

O ASPECTO PENAL DO DESCUMPRIMENTO À DECISÃO PROFERIDA EM MANDADO DE SEGURANÇA

AGAPITO MACHADO

Juiz Federal — PI

1. O que acontece à autoridade impetrada que não cumpre decisão proferida em Mandado de Segurança? Responde por crime de **desobediência** (artigo 330 do Código Penal), de **prevaricação** (artigo 319) ou não pratica **nenhum delito**?

2. As insignificantes penas cominadas **abstratamente** nos referidos artigos 330 e 319 não propiciam o desrespeito à decisão proferida no "writ", inviabilizando, destarte, um direito líquido e certo assegurado aos jurisdicionados, no § 21 do artigo 153 do nosso Texto Político?

3. Ainda que se admita a condenação criminal da autoridade que descumpra o "writ", mesmo assim, ante a pena **concretizada** na sentença, poderá ela ser beneficiada com a **prescrição retroativa** (Súmulas 186 e 241 do Egrégio Tribunal Federal de Recursos), que **extingue a própria ação penal**, como se **nada tivesse ocorrido anteriormente**. Destarte, pergunta-se: como fica o direito líquido e certo do jurisdicionado que acreditou, recorreu e finalmente obteve ganho de causa perante o Judiciário, já que a sentença em "writ" é executada **in natura** e contra aquela autoridade específica que sequer poderá perder a primariedade com a condenação prescrita retroativamente?

4. Para garantir efetiva e concretamente o direito ao Mandado de Segurança, não seria mais coerente com os princípios constitucionais a **criação por Lei, de um tipo penal próprio, sem exigência de dolo específico**, no Capítulo "Dos Crimes Contra a Administração da Justiça", com pena mínima superior a dois (2) anos e a máxima, acima de dez (10) anos de reclusão, portanto, **inafiável e menos infensa a uma prescrição da pena in abstrato, da in concreto (retroativa) ou da execução**?

5. Como aí se encontra, a situação constitui um convite ao desrespeito à decisão proferida numa ação tão importante como a de Segurança.

6. Quando advogado, essas indagações não me preocupavam. É que, sob a advertência de Eduardo Contoure de que devemos lutar pela Justiça, ao Advogado mais interessa a lei em si, com

suas imperfeições e omissões, do que propriamente o **direito** que não possui lacunas. O advogado age **parcialmente** na defesa de seu cliente e invoca a lei, seja essa até mesmo contrária ao **Direito**. E não podemos lhe opor críticas nesse proceder. Já o Magistrado age com **imparcialidade** e deve aplicar a lei em sinonímia com os princípios de Direito, sempre visando os fins sociais e às exigências do bem comum (artigo 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil).

7. A criminalidade resulta da impunidade. E essa, atualmente, é uma realidade propiciada inclusive pela própria política criminal adotada pelo Brasil, que continua tão carente de prisões que possam, efetivamente, recuperar os condenados e a admitir a **prescrição retroativa**.

8. As penas cominadas **abstratamente** em nossas leis penais, em regra, já não imprimem respeito. Atualmente, quase todos os delitos são **afiançáveis**, até mesmo os punidos com reclusão, desde que a pena mínima não ultrapasse a dois (2) anos.

9. Mesmo nos crimes **inafiáveis**, hoje considerados exceção, é também permitida a concessão de liberdade provisória ao preso, seja com o **relaxamento** da prisão, se essa for ilegal (Constituição Federal, artigo 153, § 12), seja no caso do parágrafo único do artigo 310 do Código de Processo Penal, desde que, neste caso, não se encontrem presentes os motivos que autorizem a prisão preventiva (TJSP, RT, 523/376).

10. Portanto, ocorrendo a condenação da autoridade impetrada, a pena, que antes era **abstrata** e que já não imprimia respeito, se **concretiza** ainda para **menor**. Nesse caso, repita-se, o condenado ainda pode beneficiar-se da chamada **prescrição retroativa**, que atinge o próprio direito de punir do Estado, vale dizer, a própria ação penal, como se **nada tivesse existido anteriormente** (Súmulas 186 e 214 do egrégio Tribunal Federal de Recursos), entendimento esse com o qual este signatário, *data venia*, não tem a felicidade de concordar, conforme trabalho já publicado na Revista AJUFE — órgão oficial da Associação dos Juizes Federais do Brasil, págs. 41/46 — ano 6 — n. 19, sob o título "Penal. Prescrição do Próprio Direito de Punir do Estado. Retroatividade".

11. Mesmo que após a condenação não ocorra a prescrição retroativa, ainda existirá em favor daquela autoridade a possibilidade de se favorecer da chamada **prescrição da execução da pena**, caso não tenha sido presa no prazo determinado por lei.

12. Depois de tudo isso, caso aquela autoridade venha a ser, finalmente, recolhida, ainda poderá ser beneficiado com os incidentes da execução — suspensão condicional da pena, livramento condicional, indulto e tantos outros.

13. Toda essa gama de facilidade que a lei penal brasileira põe à disposição dos acusados, inclusive o de pagar no máximo a mísera importância de quatrocentos cruzados por uma fiança, o que é um absurdo, deve constituir motivo de grande preocupação, pelo menos por parte daqueles que, iludidamente, vêm no Mandado de Segurança o remédio heróico capaz de assegurar o seu direito líquido e certo, com absoluta certeza de cumprimento.

14. De nada adianta a existência de um princípio constitucional assegurando o Mandado de Segurança em nosso Texto Político, se a legislação infraconstitucional conduz a resultado totalmente diverso do pretendido pelo constituinte. Como lembra Geraldo Ataliba, in Revista da AJUFE, órgão oficial da Associação dos Juizes Federais do Brasil (ano 6 — n. 19 — pág. 64): "De nada vale fazer uma constituição, se ela não for respeitada".

15. O crime de desobediência capitulado no artigo 330 do Código Penal tem como **sujeito passivo a Administração em Geral**, portanto, o **funcionário público**. E convenhamos: o juiz não é um simples funcionário público, já que integra um Poder do Estado — O JUDICIÁRIO — com garantias como vitaliciedade, irredutibilidade de vencimentos e inamovibilidade, só a ele inerentes. Ademais, é delito que tem **sujeito ativo o particular** (Nelson Hungria).

16. Já o crime de desobediência previsto no artigo 359 do mesmo diploma punitivo, portanto, contra a **Administração da Justiça**, é tipificado apenas quanto ao "exercer função, atividade, direito, autoridade ou múnus, de que foi suspenso ou privado por **decisão judicial**", não tipificando, portanto, a atitude da autoridade impetrada que descumpra decisão proferida em Mandado de Segurança.

17. Para juristas da estirpe de Castro Nunes, De Plácido e Silva e Hely Lopes Meirelles, o descumprimento à decisão em Mandado de Segurança, tipifica crime de **desobediência** (CP artigo 330). Já para Seabra Fagundes, Jorge Salomão, Sérgio Fadel e Sérgio Andréa Ferreira, o fato tipifica o crime de **prevaricação** (CP artigo 319). O certo é que, em qualquer dos casos, a pena cominada **abstratamente é insignificante**: detenção entre três (3) meses e 1 (um) ano e multa, no caso de **prevaricação** e detenção de quinze (15) dias a seis (6) meses de multa, no caso de **desobediência**.

18. Esses delitos — **desobediência e prevaricação** — são plenamente afiançáveis no máximo com uns insignificantes quatrocentos cruzados e facilímo de acarretar a prescrição em qualquer de suas três (3) fases: da pena **in abstrato**, da **in concreta** e da **execução**. No tocante à **prescrição retroativa ou da pena in concreto**, a mais fácil de ocorrer, o § 2.º do artigo 110 do Código

Penal, com a redação da Lei n. 7.209, de 1984, em maior benefício à impunidade, admite se tome como termo inicial **data anterior** ao próprio recebimento da denúncia ou da queixa.

19. A jurisprudência também entende que o descumprimento à decisão em Mandado de Segurança tipifica o crime de **prevaricação** e não de **desobediência verbis**:

"Prefeito municipal que se recusa a dar cumprimento a decisão proferida em **mandado de segurança** — Delito desclassificado para **prevaricação** — Apelação provida — inteligência dos artigos 330 e 319 do CP. 'A recusa ao cumprimento de ordem judicial constitui fato do qual emerge a dedução necessária de que o agente procede para satisfazer **interesse ou sentimento pessoal**, pois não há, em princípio, outra explicação para esse comportamento. Não pode estar isento de dolo aquele que não cumprir a ordem do magistrado' (TJSC — Ac. Rel. Mary Filho — RT, 527/408, in Código Penal e sua interpretação jurisprudencial, 2.ª edição revista e ampliada, Alberto Silva Franco e outros, RT, pág. 1.134)."

20. Se aceitarmos a tese de que o descumprimento à decisão proferida em Mandado de Segurança tipifica o crime de **prevaricação** (artigo 319 do Código Penal), ainda é necessário seja devidamente comprovado o **dolo específico** no proceder da autoridade impetrada, vale dizer, que ela agiu para **satisfazer interesse ou sentimento pessoal**. É o que dispõe a jurisprudência **verbis**:

a) "**Tipo subjetivo**: O interesse ou sentimento pessoal é essencial à tipificação (TFR, RC 632, DJU 26-9-80, pág. 7.450-1; TJSP, Pleno, Exc. Verd. 138.672, RT, 537/269; Ap. 141.607, RT, 544/347; TACrSP, RC 146.653, RT, 507/399). A prevaricação exige '**dolo específico**', sendo necessário que a prova revele que a omissão decorreu de afeição, ódio, contemplação, ou para satisfazer interesse, e não por erro ou dúvida de interpretação do agente (TFR, RC 895, DJU 14-10-82, pág. 10.363).

Requisitos da denúncia: A denúncia precisa indicar qual a omissão e sua natureza, se a conduta foi por **interesse ou por sentimento pessoal**, pois são elementos necessários à configuração do delito do artigo 319 (STF, RE 77.776, RTJ, 71/835; HC 48.564, RTJ, 56/774; TACrSP, HC 117.392, RT, 571/328; HC 117.266, julgados 73/131).

Falta disciplinar: Não basta para a tipificação, sendo indispensável o elemento subjetivo do artigo 319 (STF, APn 253, RTJ, 94/1). Mera desídia não configura (TJSP, RC 1.441, RT, 543/342). Não há crime de prevaricação na conduta de quem omite os próprios deveres por indolência, comodismo, preguiça, erro ou negligência, sem o propósito deliberado de retardá-los (TACrSP, Ap. 256.873, Julgados 71/320; RC 283.433, Julgados 69/209).

Erro: O erro ou desatenção na interpretação da lei pode excluir o crime; quanto ao juiz, a boa ou má interpretação que dá à lei não basta para configurar (STF, APn 253, RTJ, 94/25 e 41). O erro ou a simples negligência não configura o delito (TAPR, HC 136, RT, 486/356).

Contra disposição expressa de lei: Na modalidade de praticar ato contra disposição expressa de lei, é necessário que antes se defina a própria legitimidade da norma legal que veda o ato incriminado (TJSP, Ap. 126.336, RF, 256/361).

Ato de ofício: É imprescindível que o agente esteja no exercício da função (TACrSP, Ap. 253.959, Julgados 71/290 e RT, 563/348; TJSP, Ap. 141.607, RT, 544/347). É necessário que se trate de ato de ofício que competia ao agente praticar (TAPR, Ap. 324, RT, 486/357). Ato de ofício é todo ato que corresponde à competência e atribuição do funcionário (TACrSP, RC 146.653, RT, 507/399).

Animosidade: O retardamento por animosidade ao solicitante revela satisfação de sentimento pessoal (TJSP, Ap. 133.499, RT, 520/368)." in C. Delmanto, "C. P. Comentado", pág. 319.

b) "Não constitui crime de prevaricação, o simples retardamento de ato de ofício. Para sua configuração é necessário que o móvel da ação seja a satisfação de interesse ou sentimento pessoal." (TAPR — Rel. Juiz Costa Pinto — RT, 489/366-367.)

21. E se a autoridade coatora alegar dificuldades outras que não seu interesse ou sentimento pessoal para descumprir a decisão do "writ"? Nesse caso, o tão auspicioso e constitucional direito líquido e certo do impetrante, já reconhecido inclusive pelo Judiciário, estará esvaziado em seu cumprimento, já que não fica caracterizado o dolo específico exigido para a configuração do delito de prevaricação. Esse aspecto bem demonstra que o Mandado de Segurança, como aí se encontra, termina por não garantir efetiva e concretamente direito líquido e certo de ninguém. É que a decisão em Mandado de Segurança é executada in natura e contra aquela autoridade indicada.

22. O mais surpreendente e preocupante é a opinião de Milton Flakes, in Mandado de Segurança, pressupostos da interpretação, Forense, Rio, 1980, pág. 222/227 verbis:

"§ 7.º — Conceito de desobediência e suas implicações.

22. Impende investigar, por derradeiro, quais seriam as implicações de um eventual conflito de entendimento entre o juiz e a autoridade administrativa, no tocante à necessidade de prévia declaração judicial de ineficácia da medida liminar. Não seria descartável, visto que ocorreu recentemente, no Estado de São

Paulo, em situação parecida, a possibilidade de algum magistrado menos tolerante, entendendo a interpretação contrária como desobediência à sua ordem, constranger pessoalmente a autoridade (rectius: o titular do órgão apontado como coator), dando-lhe voz de prisão.

Desobedecer ao provimento acautelatório ou insurgir-se contra a execução do julgado se equivalem, na medida em que representariam, pelo menos em tese, 'descumprimento de ordem judicial'. Válidas, portanto, para ambas as hipóteses, a doutrina e jurisprudência pesquisadas."

23. A regulamentação em vigor do mandado de segurança, através da Lei n. 1.533, de 1951 e alterações subsequentes, não reproduziu norma constante da Lei n. 191, de 16 de janeiro de 1936 (artigo 10), e do Código de Processo Civil de 1939 (artigo 327), segundo a qual seria enquadrada, nas penas de responsabilidade e desobediência, a autoridade que se negasse a cumprir, incontinenti, a decisão judicial.

Presentemente, apenas o artigo 3.º da Lei n. 5.021, de 1966 considera crime, inexistindo crédito orçamentário para atender a sentenças concessivas de vantagens pecuniárias ao funcionalismo, deixar a autoridade de encaminhar, imediatamente, pedido de recursos suplementares. Não se cuida, obviamente, do cumprimento em si da decisão judicial, mas de ato do ofício dela decorrente, cuja missão o legislador equiparou ao delito doloso de correção passiva privilegiada para efeitos penais (Código Penal, artigo 317, § 2.º).

24. Nada obstante, Castro Nunes, De Plácido e Silva e Hely Meirelles sustentam que o não atendimento ao mandado judicial importa no crime de 'desobediência à ordem legal' (Cód. Penal, artigo 330). Themístocles Cavalcanti o admite, mas recomenda sensatez, condenando a 'estranha providência de prender autoridade administrativa a braços com dificuldades burocráticas para cumprimento da ordem de segurança'.

25. Seabra Fagundes entende que o descumprimento caracteriza o crime de 'prevaricação' (Código Penal, artigo 319), porquanto, na simples recusa, estaria implícito o dolo específico de 'satisfazer interesse ou sentimento pessoal'. Comungam na mesma tese Jorge Salomão, Sérgio Fadel e Sérgio de Andréa Ferreira.

26. Não é essa, no entanto, a visão de Nelson Hungria, que afasta o delito de 'desobediência', por ser privativo do particular. Quanto ao de 'prevaricação', condiciona a que fique devidamente apurado o dolo específico, embora como tal admita 'o próprio receio de descumprir ordens ilegais ocultamente expedidas pelos seus superiores, ou a preocupação de não incorrer na reprovação

da opinião pública, acaso contrária à decisão judicial'. E acentua: 'Fora daí, nada mais será cabível, além da pena disciplinar, cuja aplicação será solicitada pela autoridade judicial à administrativa competente'.

Explicitando, melhor, no Pretório Excelso, a sua opinião, em famoso julgamento que envolvia, precisamente, a recusa de alta autoridade em cumprir mandado judicial, salientou o pranteado jurista, em passagem que se aplica, *mutatis mutandis*, ao caso vertente: 'Dizer-se que o propósito do Sr. Ministro da Fazenda, de salvaguardar a sua autoridade, por entender que não está sujeito, na espécie, à jurisdição dos juizes de primeira instância, traduz ou revela o 'sentimento pessoal' a que se refere a lei, é confundir sentimento com entendimento, o affectus com o raciocínio lógico, para interpretar aberrantemente o artigo 319 do Código Penal'.

27. Por último, "last but not least", Celso Barbi, Othon Sidou e Arruda Alvim lamentam, mas reconhecem que o direito positivo, no seu estágio atual, não faculta ao juiz agir diretamente contra a autoridade recalcitrante, limitado que fica a pedir, através dos órgãos competentes, a intervenção federal ou o seu enquadramento em crime de responsabilidade, quando for o caso. Queixam-se, contudo, de que, em se tratando de julgamentos políticos, subordinados a moroso e complexo processo, essas providências se mostram insuficientes para assegurar a pronta obediência à decisão.

Foram frutíferos os clamores contra a falta de meios mais expedidos, uma vez que o novo Código Penal, (*) já promulgado, mas com sua vigência diferida até a aprovação do novo Código de Processo Penal, inclui entre os crimes praticados por agentes do Poder Público contra a Administração, sob a rubrica 'desobediência à sentença', o de 'deixar o funcionário público de cumprir a sentença ou retardar-lhe o cumprimento' (artigo 355). Caberá à doutrina, oportunamente, fixar o exato alcance desse dispositivo.

28. No atual estágio, entretanto, a jurisprudência, pelo menos do Pretório Excelso, tem-se orientado no sentido de não reconhecer delito penal — 'desobediência' ou 'prevaricação' — na simples recusa, *ipso facto*, em dar cumprimento à ordem judicial.

Há pouco tempo, o Conselho de Justiça Federal, apreciando representação da Procuradoria-Geral da República contra juiz que

(*) Decreto-lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969, c/ alt. da Lei n. 6.016, de 31 de dezembro de 1973. Após a publicação deste artigo, foi revogado pela Lei n. 6.578, de 11 de outubro de 1978, por entender o Governo que já estava desatualizado em face de novos conceitos incorporados através de emendas ao Código Penal em vigor.

prende e processou o Diretor de uma Faculdade paulista, por retardar o cumprimento de mandado de segurança por ele expedido, firmou doutrina que se mostra, sob todos os títulos, a mais recomendável.

Reconhecendo que, no passado, apesar da 'dubiedade ou omissão da lei, juizes do Rio e de São Paulo, muitas vezes, fizeram cumprir pessoalmente os "writs" ou prenderam autoridades recalcitrantes', mas que, atualmente, 'devido à falta de comando legal ou talvez por melhor compreensão do instituto', são raros os episódios dessa natureza, assentou:

1.º os mandados de segurança devem ser cumpridos por meio da comunicação respectiva ou ofício executório, de acordo com a Lei n. 1.533, de 1951, artigo 11;

2.º ocorrendo reclamação do impetrante, o juiz reiterará a ordem, pedirá esclarecimentos e decidirá conforme lhe parecer acertado;

3.º verificando, afinal, que a decisão foi desatendida, mandará apurar a responsabilidade da autoridade infratora, nos termos da lei. (**)

29. Aplicadas a doutrina e a jurisprudência dominantes à hipótese *sub examen*, há de se convir que jamais configuraria 'prevaricação' a atitude da autoridade que se considerasse desvinculada da ordem judicial, pelo vencimento do prazo fixado em lei ou no despacho, visto que: 1.º não se poderia vislumbrar, nessa conduta, o dolo específico de 'satisfazer interesse ou sentimento pessoal'; 2.º ao contrário, estaria dando estrito cumprimento à ordem do magistrado, segundo a opinião unânime dos mais ilustres especialistas na matéria. Como salientava Nelson Hungria (supra, n. 26), não é possível confundir 'sentimento com entendimento' ou 'affectus com o raciocínio lógico'.

30. De todo modo, é de se admitir que o juiz — já que o bom-senso sempre foi o apanágio da magistratura —, notificada de que a sua liminar não está sendo cumprida e antes de qualquer atitude mais drástica, dirija-se à autoridade solicitando esclarecimentos.

Não se convencendo o magistrado e reiterando a ordem, tal decisão poderá ser impugnada pelos meios judiciais adequados, desde que desconforme com a lei ou abusiva. Outrossim, se a reiteração contiver ameaça expressa ou velada de constrangimento pessoal, o remédio será o *habeas corpus* preventivo. Levado o problema aos Tribunais, ensejará a que se firme jurisprudência,

(**) C.J.F., proc. 4.679/77, rel. Min. Amarílio Benjamin, ac. un., in D.J. de 14-11-77, pág. 8.105.

cabendo à Administração determinar-se segundo a orientação dos julgados."

23. O Poder Judiciário e os jurisdicionados não só não podem como não devem mais permanecer expostos a essas dúvidas e incertezas, que só contribuem para a desmoralização da Justiça e para agasalhar a impunidade dos poderosos.

24. Por essas razões, necessário se torna, com urgência, a criação por lei, de um **tipo penal próprio** para o caso, compondo o Capítulo "Dos Crimes Contra a Administração da Justiça", tipo esse que **não exija dolo específico** e, — se possível, punido a título de **culpa**, — e com **pena mínima de reclusão superior a dois (2) anos**, a impedir, destarte, a concessão da fiança e, ainda, com uma pena máxima capaz de obstruir eficazmente a ocorrência da prescrição em qualquer de suas fases: da pena **in abstracta**, da **in concreta** ou retroativa e da execução.